

Droit International Public
TD 3

Droit international positif et droit international déclaratoire

Un être humain en vie
est souple et tendre,
mort, il est dur et raide.

Les herbes et les arbres en vie,
Sont flexibles et fragiles,
Morts, ils sont secs et recroquevillés

Ainsi, dureté et rigidité sont compagnons de la mort,
Fragilité et souplesse sont compagnons de la vie. (Lao-Tseu)

Le droit international est constitué par l'ensemble des règles, des institutions juridiques qui régissent et structurent la communauté internationale, tendant à établir la paix et la justice et à promouvoir le développement.

On y trouve le droit international positif aussi appelé le droit dur, droit stricto sensu ou hard law, qui est constitué par les traités et les coutumes visés à l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice. En cas de violation d'une règle conventionnelle ou coutumière des mécanismes de sanctions sont prévus.

En opposition, le droit international déclaratoire, droit assourdi ou soft law est constitué par des règles de conduite se situant dans une sphère juridiquement non contraignante. Le non respect de ce droit flexible n'appelle aucune sanction. Ce sont par exemple les résolutions, les recommandations, les avis consultatifs ou encore les conventions non ratifiées.

Loin de diminuer au plan international, le phénomène de la soft law s'intensifie au contraire depuis une trentaine d'années. Le malaise théorique face à ce phénomène a éclaté dans la doctrine au début des années 80, c'est-à-dire depuis la publication de l'article de Prosper Weil sur la normativité relative en droit international. L'expression soft law avait pourtant fait son apparition dès les années 60, mais l'heure n'était pas encore aux déchirements doctrinaux. Le terme avait été formulé à son origine par Lord McNair pour les désigner les principes abstraits en droit.

Ce débat a lieu uniquement en droit international car la soft law n'existe pas en droit interne, elle n'y a pas sa place.

Le droit international public n'est pas formé seulement de la hard law et de la soft law. En effet le droit international positif et le droit international déclaratoire font partis du droit international public conventionnel. Or, la connaissance des règles du droit international public passe aussi par le droit international public jurisprudentiel c'est-à-dire par les arrêts principaux rendus par les tribunaux internationaux. On peut donc voir que le droit international public a une nature mixte, à la fois conventionnelle et jurisprudentielle.

Il convient alors de s'interroger sur les liens entre droit international positif et droit international déclaratoire.

L'intensification du phénomène de la soft law annonce-t-elle la mort du droit international positif, entraînant ainsi l'affaiblissement du droit international public ? Ou au

contraire, en coexistant, soft law et hard law ne permettent-elles pas une gradation dans la légalité plus adaptée aux temps modernes, et donc signe d'un droit international vivant et enrichi ?

La soft law semble être une réponse sociale et juridique à la complexification de l'ordre international. Elle constitue un mode de régulation incontournable pour une société mondialisée. La soft law perturbe indéniablement la théorie traditionnelle des sources en droit international, cependant les craintes doctrinales peuvent paraître exagérées. En effet, le droit flexible coexiste avec le droit positif et cela enrichit le droit international public. Les rapports entre soft law et hard law varient : le droit déclaratoire est parfois un préalable au droit positif, on parle de droit en gestation, de droit vert. D'autre part, la soft law est parfois un droit différent du droit positif : c'est alors un produit fini répondant aux besoins internationaux nouveaux. Dans ce cas, la soft law a un degré de force obligatoire moindre que la hard law mais a incontestablement son utilité en droit international.

Ainsi, nous verrons d'une part qu'il existe coexistence nécessaire entre droit international déclaratoire et droit international positif malgré les critiques (I), d'autre part le succès du droit international déclaratoire ou la perte d'influence du droit international positif (II)

I- Une coexistence nécessaire entre droit international déclaratoire et droit international positif malgré les critiques.

La soft international law est aujourd'hui inévitable dans l'ordonnement juridique international. Elle imprègne les relations internationales et pour cette raison est devenue une nécessité (B) qui contre les nombreuses critiques qui s'appuient sur le flou instauré en droit international public (A).

A/ La Soft international law, a priori facteur d'encombrement de la vie juridique internationale.

L'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice énumère les normes composant le droit positif international. Cependant, pour certains auteurs, l'interprétation de cet article ne peut se voir que comme une liste exhaustive des sources du droit international public. Le droit positif international serait alors composé des conventions, des coutumes et des principes généraux du droit international public. Il n'existerait donc que la hard international law à l'exclusion de tout autre forme de droit et donc de la soft law.

Il faut naturellement relever la différence de juridicité entre ces deux droits et leurs normes respectives. En effet il serait opportun d'envisager au sein de la juridicité différents degrés : à la base, une juridicité incomplète, qui ne connaît pas une portée juridique pleine et entière, et au sommet une juridicité absolue. Les normes s'appliquant avec toute la rigueur qui sied au droit entendu comme force contraignante. Le Droit Déclaratoire étant le droit se situant entre ces deux extrêmes. Il n'a pas par définition de force obligatoire.

Il s'agit d'un droit très largement contesté par la branche conservatrice de la doctrine internationaliste. En effet, la Soft Law est une cible de choix en ce qu'elle brouille les frontières entre droit et non-droit (notion fondamentale en droit international), entre vrai droit et faux droit. Comme le disait Eiseman « l'usage du concept de soft law pourrait se révéler dangereux et menacer l'intégrité de l'ordre juridique ».

Par ailleurs, certains auteurs considèrent que la soft international law ne permet pas de répondre au besoin de sécurité juridique inhérent à tout système juridique. En effet, les

règles de droit déclaratoire ne font pas l'objet d'un contrôle de la part des tribunaux internationaux à la différence du droit positif.

Dans le système de la communauté internationale actuelle qu'est le nôtre, le développement du phénomène d'organisation internationale et l'importance accrue des relations multilatérales en plus de l'augmentation des relations bilatérales a donné lieu au développement de ce que certains ont pu considérer comme un « sous produit », un droit « de moins bonne qualité ». Un droit donc qui affecterait la qualité d'un système juridique international parfait. Or cette approche serait louable uniquement dans la mesure où l'on considérerait la Soft Law comme remplaçant le droit positif international. Mais il n'en est rien. Même s'il est vrai que la Soft Law peut avoir un certain rôle révisionniste en mettant en question le droit existant, et en exprimant les tendances souhaitées pour son changement, on ne peut considérer qu'il s'agit d'un droit de substitution. Il dynamise, il construit aux côtés du Hard international Law.

Il y a donc une certaine interpénétration des sphères établies par la distinction Soft international law et hard international law. A la lumière de ces observations, on peut considérer qu'il y a en quelque sorte du Soft Law dans la Hard Law et du Hard Law dans la Soft Law.

B/ Une opposition aujourd'hui obsolète.

Selon l'article de Georges Abi-Saab intitulé « éloge du droit assourdi », « vouloir à tout prix imposer des seuils et des frontières à des notions et des phénomènes juridiques continus comporte nécessairement une part d'artifice et d'arbitraire ».

Le problème du seuil du droit est de déterminer les frontières entre la « *lex lata* » et la « *lex ferenda* ». En effet, pour éluder la question du seuil, une clarification est nécessaire. On peut estimer que les malentendus et controverses concernant la soft law viennent du fait qu'on ne précise pas s'il s'agit de la norme c'est-à-dire la proposition normative elle-même ou du support : le *negotium* et l'*instrumentum*.

En réalité, support ou instrument ne préjuge en rien le statut juridique de la règle portée, ce qui a suscité un important débat doctrinal sur la valeur juridique des résolutions recommandataires de l'Assemblée Générale de l'ONU. On peut remarquer qu'il peut y avoir de la soft law dans des instruments tels que les traités et du hard law dans des instruments de soft law. Par conséquent, l'équation positivisme juridique = force obligatoire, le reste relevant de la morale n'est plus valable.

Les exemples qui suivent en attestent. Pour les traités, il y a toujours une possibilité de réserves pour chaque Etat, celle-ci étant un mécanisme de préservation de leur souveraineté (principe de non ingérence). Ainsi, un traité considéré comme de la hard law, ne s'appliquera pas forcément avec la même rigidité pour les Etats membres. La force obligatoire du traité peut donc être nuancée.

Il peut même arriver qu'un traité soit dénué de toute force obligatoire. Tel est le cas de la Convention Cadre sur les changements climatiques de 1992.

Inversement, la doctrine a mis l'accent sur certains effets juridiques corollaires que pouvaient avoir certains textes « mous » : le devoir de prise en compte, le renforcement du domaine réservé, les obligations spéciales issues d'un Estoppel, les devoirs de motiver une conduite contraire et enfin les renversements de fardeau de la preuve.

Selon les adeptes de la théorie traditionnelle une norme est juridique dans la mesure où elle va être appliquée par un tribunal international. Nous sommes donc là en présence d'une seconde équation qui consisterait à définir la juridicité par son autre pôle : la justiciabilité. Mais une fois de plus il s'agit là d'un critère restrictif qui ne cadre pas avec la

réalité juridique internationale. Selon les termes de la CIJ elle-même : « l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire, en dernier ressort l'objet d'une procédure judiciaire a toujours constitué la règle plutôt que l'exception ».

Ainsi on peut constater que l'opposition classique entre le DID et le DIP est largement dépassée. L'émergence du droit déclaratoire est la conséquence de l'évolution même de la communauté internationale, morcelée, divisée. Dès lors pour répondre à ces nouvelles données la soft law apparaît comme indispensable.

II- Le succès du droit international déclaratoire ou la perte d'influence du droit international positif.

La soft law peut être considérée à la fois comme un droit fini, différent du droit positif et plus intéressant pour les Etats (A) et comme un droit vert, facteur d'évolution du droit positif (B).

A/ Une pertinence juridique aujourd'hui incontestable (du DID).

La soft law a pu être envisagée comme un changement de perspective notamment en droit interne, s'éloignant de la vision rigide d'instrument de contrainte hiérarchique, pour devenir « un droit négocié et directif, voulu et agréé plutôt d'imposé » (cf .Georges ABI-SAAB Eloge du « droit assourdi »).

La pertinence juridique de la soft law peut s'expliquer au regard de la force contraignante que les Etats eux-mêmes décident d'assortir aux instruments qu'ils adoptent.

Il faut observer que depuis trois ou quatre décennies la soft law connaît un succès important auprès des Etats membres de la Communauté Internationale. Comment cela s'explique-t-il ? La soft law est un droit à côté du droit positif. Elle reste soumise au droit international mais permet une autre approche. De part sa fluidité et sa souplesse, la Soft Law est privilégiée dans un grand nombre de cas par les Etats. En effet, après négociations, ceux-ci décident d'adopter des instruments qui bien loin de n'avoir aucune force contraignante exercent une pression très grande sur leurs destinataires (qui sont leurs auteurs dans la plupart des cas). A cet égard il suffit de voir quel rôle jouent les instruments mis en place dans ce cadre : l'Acte final du Congrès de Vienne et la Déclaration sur la neutralité perpétuelle de la Suisse (1815) ; la Déclaration des Nations Unies (1942) ; les communiqués ou déclarations adoptés par les grandes conférences interalliées durant la seconde guerre mondiale à savoir par exemple Yalta et Potsdam en 1945.

En outre, la soft law est plus rapide à négocier qu'un traité. En amont elle évite la procédure de ratification des traités par les branches législatives nationales. Les difficultés constitutionnelles relatives à la sphère interne de chaque pays ne constituent plus une « épée de Damoclès » au plan international.

Une fois adopté, l'instrument de soft law peut être révisé ou amendé rapidement. Enfin il est toujours plus facile de s'en retirer ou d'y mettre fin à l'inverse des traités.

D'autre part, la soft law permet de faire approuver des normes sur des sujets fortement dépendants des avancées techniques. Un instrument souple peut également faciliter l'adoption d'une norme sur un sujet controversé politiquement et qui rencontre des résistances de la part de certains Etats.

La soft law élargit également le cercle des sujets impliqués dans la création des normes internationales. Des sujets non étatiques peuvent créer des normes dans leur domaine qui est devenu international dans la pratique.

De ce fait, la soft law offre de multiples avantages et permet de s'adapter sans cesse à l'évolution de la communauté internationale.

Le droit déclaratoire est donc un droit qui s'adapte et qui de part sa nature permet aux Etats de multiplier les relations interétatiques de coopération. C'est un avantage indéniable pour la communauté internationale qui par ce biais peut intégrer de nouveaux aspects, développer de nouvelles branches.

B/ Un laboratoire juridique, facteur d'évolution pour le droit positif international.

La Soft international Law est un droit des besoins actuels. Il vit et évolue au rythme des besoins d'une société de plus en plus complexe prenant en compte les intérêts individuels autant que ceux des Etats (industrialisés et en développement).

En ce sens la mondialisation a joué un rôle de plus en plus important. La conséquence majeure en effet de la mondialisation est d'élever au niveau mondial des problèmes ou intérêts de niveau local. La Soft Law est intéressante et vivante en ce qu'elle prend en compte ces données nouvelles. On pourrait ainsi arriver au constat selon lequel le droit déclaratoire est le droit de l'avenir. Un droit d'adaptabilité constante. En effet dans certaines circonstances la soft law permet d'annoncer le droit de demain et de tracer pour les Etats le chemin vers l'adoption d'obligations juridiques contraignantes.

Le droit international économique constitue un terrain privilégié pour la soft law. En effet les obligations y sont souvent énoncées de manière vague, et plutôt sous la forme d'engagements, de comportements, que de résultats. La partie IV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) adopté en 1964 et intégrée dans le « GATT de 1994 » qui cherchait à répondre aux revendications des pays en développement en est un exemple majeur. On peut lire par exemple : « les parties contractantes...devront dans toute la mesure du possible accorder une haute priorité » à tel problème ou action. Ces formules, très fréquentes en matière commerciale, illustrent à merveille l'idée selon laquelle la soft law est un droit d'adaptabilité permanente. En effet la nécessité d'adopter des règles qui s'adaptent à la conjoncture économique explique pour partie cette prudence et ces imprécisions. Enfin, les politiques économiques étant une composante essentielle de la souveraineté des Etats, la flexibilité de la Soft law est tout à fait salvatrice.

Le droit international économique nécessite un droit plus souple permettant des évolutions rapides. Le but en effet est de pouvoir suivre l'évolution de l'économie mondiale. La crise financière actuelle qui a plongé le monde économique, et la communauté internationale dans son ensemble dans une situation très difficile, a poussé les Etats les plus riches à se réunir afin de penser et d'élaborer des plans d'action permettant un rétablissement rapide de la situation. Ceci ne serait pas possible s'ils étaient contraints de se réunir au sein d'une conférence, nécessairement institutionnalisée. Cela prendrait trop de temps. Il y a donc un besoin nécessaire d'adaptabilité lié à la nature très variable des relations internationales que la Soft International Law permet de satisfaire.

Le droit international de l'environnement : Si cette branche du droit ne contient pas de normes à portée réellement obligatoire, et contraignante, parce que difficiles à mettre en œuvre au sein de tous les Etats membres, de l'organisation ou de la Conférence réunie sur un sujet donné, il n'en demeure pas moins que le peu de principes fondamentaux et de modes de règlements des différends qui existent en la matière doivent impérativement être respectés. Pour cette raison de nombreux mécanismes ont été mis en place afin de permettre ce

contrôle : mécanismes d'incitation (souvent financière), de négociation continue (destinée à compléter et à préciser les règles applicables), et de coordination.

Il apparaît ainsi que la soft international law est aujourd'hui un droit nécessaire pour le droit positif international en ce sens qu'il lui permet de prendre en compte une réalité qui, seul, lui échapperait.

Conclusion :

La critique réaliste apporte un enseignement précieux dans la façon dont les juristes doivent aujourd'hui aborder la soft law. S'ils veulent éviter la marginalisation du droit international, ils ne doivent pas s'enfermer dans des catégories formelles héritées d'une époque révolue. Ils doivent chercher à réconcilier la théorie et la pratique afin que le droit international soit pertinent pour les sujets internationaux et la conduite de leurs relations internationales.

La soft law permet une gradation dans la légalité et atténue l'application mécanique de l'article 38 de la Cour Internationale de Justice qui fait du droit international un droit déconnecté de la réalité et incapable de guider le comportement des sujets internationaux.

Mais à terme, la soft law n'a-t-elle pas pour conséquence de rendre indiscernable le droit de la morale, de la politique ou encore de l'économique ?